

CRIMES ECONÔMICOS: CARTA BRANCA PARA FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

ECONOMIC CRIMES: CARTE BLANK FOR FLEXIBILITU FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES

Natielly Laila dos Santos Alves ¹

RESUMO

Este artigo se presta a analisar decisões judiciais relativas a criminalidade econômica. Fazendo um breve estudo sobre a decisão proferida no *habeas corpus* 169062/PA e discutindo se a solução proferida no *case* em questão foi adequada. A pesquisa busca analisar, ainda, se as soluções que os Tribunais estão dando aos crimes contra a ordem econômica levam em consideração os princípios primordiais de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; Crimes econômicos; Teoria do Domínio do fato; HC 169062/PA; Presunção de inocência.

ABSTRACT

This article lends itself to analyzing judicial decisions related to economic crime. Making a brief study on the decision rendered in *habeas corpus* 169062/PA and discussing whether the solution rendered in the case in question was adequate. The research also seeks to analyze whether the solutions that the Courts are giving to crimes against the economic order take into account the main principles of a Democratic State of Law.

KEYWORDS: Democratic state; Economic crimes; Theory of the Domain of the fact; HC 169062/PA; Presumption of innocence.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa analisa uma decisão preferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* 169062/PA, em que dois pacientes buscam o trancamento da ação penal, tendo em vista ser a denúncia supostamente inepta por não individualizar a conduta criminosas dos pacientes.

Na análise do *case* será discutido se a decisão proferida pelo Tribunal foi adequada, levando em consideração os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como os princípios da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa.

Sabe-se que estamos inseridos em uma sociedade cada vez mais globalizada e em cresce expansão de capitais, mercados, indústrias, tais transformações acontecem de forma rápida e muitas das vezes até imprevisíveis, tendo em vista a forma que ocorre as relações sociais na atualidade.

Ocorre que as transformações no mundo globalizado trouxe uma maior interação econômica

tornando o mercado econômico mais atrativo, fato que desencadeou um campo propício para aberturas de novas empresas. Em consequência do maior número de empresas no mercado houve um aumento da criminalidade, em especial, dos delitos econômicos, porém, o grande problema é que, não só os crimes econômicos tiveram um aumento expressivo, mas eles ficaram mais refinados, o que gera uma dificuldade na investigação devido à complexidade que os crimes empresariais e econômicos se apresentam para o sistema judiciário.

Dessa forma, tendo em vista a complexidade de investigar e punir crimes contra a ordem econômica, financeira, principalmente no âmbito empresarial, onde normalmente se tem uma divisão de tarefas dentro da empresa, o *case* busca discorrer qual a melhor solução para realizar a persecução penal em um sistema acusatório, onde garantias individuais devem ser respeitadas.

A pesquisa também analisa a teoria do domínio do fato, e se sua aplicabilidade no direito brasileiro, em especial, no acórdão trabalhado, é pautada na constitucionalidade. Foi ressaltado, ainda, a (im) possibilidade de flexibilização de direitos e garantias fundamentais devido à dificuldade de investigar crimes econômicos.

Para melhor organização da pesquisa, em primeiro, o *case* escolhido foi minuciosamente apresentado, conjuntamente com a fundamentação do motivo do por que, entre tantos julgados, o *habeas corpus* 169062/PA foi o escolhido para amparar o presente trabalho.

Em um segundo momento foi demonstrado as normas que regulamentam a matéria no presente *case*. Depois vamos para a solução dada pelo Tribunal ao julgar o HC 169062/PA e fazemos uma discussão da solução dada no caso, com outras decisões divergentes que trabalharam a temática.

E, para incrementar ainda mais, a discussão em relação a solução dado pelo Tribunal, utilizei na pesquisa de autores que escreveram sobre o tema para demonstrar as divergências de entendimentos.

Em um tópico a parte, foi analisado a aplicabilidade da Teoria do domínio do fato no Direito Penal brasileiro.

Por fim, discorrerei sobre qual seria a solução mais adequada para o caso em questão, principalmente, tendo em vista que estamos em um Estado Democrático de Direito.

2 DESCRIÇÃO DO CASE E SEUS FUNDAMENTOS

2.1 CASE HC 169062/PA

O presente *case* trata-se do *habeas corpus* 169062/PA, onde os impetrantes Celso e Antônio buscam o trancamento da ação penal, movida contra os pacientes e outros quatro acusados pelo crime de usurpação, previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/91.

Segundo consta na denúncia os denunciados no dia 03.07.08, em desconformidade com a autorização concedida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), extraíram mineral, qual seja, areia, de Área de Preservação Permanente. Constatou, ainda, que a exploração mineral realizada pela Construtora Camargo Corrêa S.A, ocorreu em local não alcançado pela licença.

Em relação a autoria dos ora pacientes, a inicial acusatória remeteu aos cargos desempenhados na empresa, quais, sejam, Diretor-Presidente (Celso) e Presidente do Conselho de Administração da empresa (Antônio), concluindo a responsabilidade de ambos pelas ações dos outros denunciados.

O Ministério Público Federal (MPF), ressaltou, ainda, que embora os pacientes não estivessem presentes no local dos fatos, eram, em razão das posições ocupadas, os mentores de quaisquer projetos na empresa, afirmando serem “autores de escritório”.

Dessa forma, os impetrantes, tendo em vista a inépcia da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, requereram a trancamento da ação penal, pois, segundo sustentam, a inicial acusatória é baseada somente no fato das posições hierárquicas que os pacientes ocupam na empresa, fato que, por si só, não pode ensejar a autoria do crime imputado aos pacientes.

O fundamento para a escolha do *habeas corpus* 169062/PA, como o *case*, se justifica pelo fato de que a empresa Construtora Camargo Corrêa S.A, cometeu um crime ambiental, tendo em vista a extração de recursos minerais em desacordo com a licença obtida para tanto, enquadrando sua conduta no art. 55 da Lei de Crimes Ambientais. *In verbis*:

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. (BRASIL.1998)

E os impetrantes devido suas posições hierárquicas dentro da empresa, Celso Ferreira como Diretor-presidente da Empresa e Antônio Miguel como presidente do Conselho de Administração da Companhia, foram denunciados pelo crime de usurpação de patrimônio da União. Ocorre que, a celeuma em torno do *case* é em razão da responsabilidade criminal dos impetrantes, haja vista o fato de serem apenas detentores de posições dentro da empresa/construtora.

Tal fato conforme trazido no acórdão gera discussão em torno da teoria do domínio funcional e a exceção a presunção de inocência.

2.2 INDICAÇÃO DAS NORMAS QUE REGULAMENTA A MATÉRIA

As normas que regulamentam a matéria no presente *case* é a Lei nº 8.176/91, que define os crimes contra a ordem econômica, a Lei nº 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, além do Código de Processo Penal.

Ressalte-se, ainda, que embora o delito ambiental esteja prescrito, inclusive com o reconhecimento da prescrição pelos Tribunais Superiores, convém mencionar que o crime ambiental existiu e, é de suma importância para uma análise mais completa e profunda do presente *case*.

3. SOLUÇÃO DADA PELO TRIBUNAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) através da Colenda Primeira Turma, por maioria, indeferiu, a ordem nos termos do relator, vencido o Exmo. Ministro Alexandre de Moraes. O douto Relator, Ministro Marco Aurélio, denegou a ordem de *habeas corpus*, sob o fundamento de que a inicial acusatória atende à organicidade do Direito viabilizando a defesa, não havendo falar em inépcia da denúncia. Alegou, ainda, que conforme narrado na denúncia:

[...] **A peça remete à conduta dos pacientes.** Nela, narra-se que Celso Ferreira de Oliveira, Antonio Miguel Marques e corréus **seriam os responsáveis pela extração de areia**, ocorrida no dia 3 de julho de 2018, em desacordo com a licença concedida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, em Área de Preservação Permanente no Município de Breu Branco/PA. Veicula haverem constatado os fiscais do IBAMA que a exploração irregular era realizada pela construtora Camargo Corrêa S.A., mencionando que **os pacientes eram, à época, Diretor-Presidente e Presidente do Conselho de Administração da referida pessoa jurídica. Versa a anuência dos pacientes para o cometimento da infração** [...] (STF – HC: 169062/PA) (grifo nosso)

Observa-se que decisão do Relator de denegar a ordem e conseqüentemente manter a ação penal, baseou-se no fato de que a denúncia, diferentemente do alegado pela defesa, não se baseia na responsabilidade objetiva, pois, como os pacientes eram à época Diretor-Presidente e Presidente do Conselho de Administração da construtora Comércio Camargo Corrêa S/A, demonstra a anuência dos denunciados para o cometimento da infração.

Ponderou-se, ainda, que “embora aos pacientes não estivessem presentes no local dos fatos, eram, em razão das posições ocupadas, os mentores de quaisquer projetos na empresa”. Conseqüente, também foi o entendimento do Exmo. Ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso em Habeas Corpus nº 76.050/PA (2016/0245075-5). Vejamos:

Quanto aos denunciados Celso e Antônio, em que pese não ter sido evidenciado que estavam fisicamente no momento da consumação do delito, **a participação deles é inconteste, já que a forma de execução de quaisquer projetos na empresa que à época presidiam, inclusive o de extração de minério, dependia da anuência deles, sendo claro que atuavam, nos termos das indelévelis lições de Rogério Greco, como "autores de escritório", determinando a forma de execução e beneficiando-se economicamente da ação delituosa.** (STF – HC: 169062/PA) (grifo nosso).

Nota-se que, *in casu*, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal, fundamentaram a responsabilidade criminal dos pacientes pelo simples fato de serem à época dos fatos detentores de posição de comando na empresa, aplicando sem sombras de dúvidas uma responsabilidade penal objetiva.

Nesse sentido, é o entendimento do voto vencido, do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes.

In verbis:

Aqui a denúncia narra um verdadeiro fato que corresponde, com a devida vênia do eminente Relator, à responsabilidade objetiva. Ela narra que havia licença, ou seja, o empreendimento foi autorizado pela diretoria e teve todas as licenças ambientais necessárias para se iniciar. Havia nele três pessoas, que são citadas na denúncia - Ricardo, o engenheiro civil responsável; Roberto, o supervisor administrativo; e Max, o técnico em segurança -, para implementá-lo.

Na forma de execução, segundo a denúncia, houve o erro - como foi narrado da tribuna, as boias, a questão da extração.

São dois fatos e dois momentos diversos. **Se tivesse havido uma extração num empreendimento determinado pela diretoria que não tivesse obtido licenças, não estivesse regular e mesmo assim estivesse sendo realizado, poderíamos em tese caracterizar o que o próprio Ministério Público na denúncia chama de "autores de escritório" - aqueles que ficam no escritório enquanto os outros executam. Seriam o autor mediato e o autor imediato. Mas aqui são responsabilidades diversas. Um, Celso, era diretor-presidente da companhia; o outro, presidente do conselho de administração.**

[...]

E a denúncia, na verdade, acaba reconhecendo essa responsabilidade objetiva, porque narra que Heitor, gerente de projetos da companhia, à época dos fatos, também se responsabiliza pela exploração irregular. Os três que eu citei anteriormente, o engenheiro civil, o supervisor administrativo e o técnico em segurança, assim como o gerente de projetos, eles assumem a responsabilidade, mas dizem que não foi irregular, ou seja, eles defendem a regularidade do que fizeram, mas dizem: "Realmente, a responsabilidade era nossa. Nós fomos contratados para isso." (STF – HC: 169062/PA) (grifo nosso).

Conforme se observa do voto vencido, o Excelso Superior Tribunal de Justiça, no caso em tela, solucionou a controversa em questão, através da aplicação da responsabilidade objetiva, o que, em regra, é vedado pelo direito penal, tendo em vista o princípio da culpabilidade, onde é imprescindível o dolo ou a culpa para que haja imputação penal. Ou seja, “*nullum crimen sine culpa*”.

3.1. DISCUSSÃO DA SOLUÇÃO COM BASE EM DECISÕES DIVERGENTES DO MESMO TRIBUNAL E DE OUTRO TRIBUNAL

O Tribunal ao aplicar a responsabilidade objetiva no caso em questão, alegando que os pacientes Celso e Antônio são responsáveis pela ilícito, pois, os mesmos exerciam posições de comando dentro da empresa, e conseqüentemente deram anuência para que os outros réus cometessem a infração, sendo o que a doutrina convencionou chamar de “autores de escritório”, tal decisão vai de encontro com a mais recente jurisprudência do próprio STF, ao julgar o HC 19.2204/RS, que em síntese, trancou a ação penal, tendo em vista que a denúncia oferecida contra o presidente da sociedade empresária que causou dano ambiental, se deu apenas em razão da posição de direção do paciente.

O *Habeas Corpus* 19.2204/RS de relatoria do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, ressaltou, ainda, a vedação à responsabilidade objetiva, conforme ementa abaixo:

Habeas corpus. Trancamento de processo penal. Excepcionalidade reconhecida. 2. **Denúncia oferecida contra o presidente de sociedade empresária causadora de dano ambiental apenas em razão da posição de direção.** Inexistente, no caso concreto, qualquer narrativa fática que especifique conduta comissiva ou omissiva a ser enquadrada nos tipos penais indicados. **Vedação à responsabilidade penal objetiva.** Precedentes da Corte. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento do processo penal. (HC 192204, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 14-09-2022 PUBLIC 15-09-2022).

Ademais, no mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que deve haver o trancamento da ação penal, mesmo em crimes empresariais/ societários quando a atribuição da responsabilidade penal da pessoa física for baseada apenas pela posição ocupada pela pessoa dentro da empresa. *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INICIAL QUE NÃO DEMONSTROU O MÍNIMO NEXO CAUSAL ENTRE OS ACUSADOS E A CONDUTA IMPUTADA. CONSIDERAÇÃO, APENAS, DA CONDIÇÃO DOS RECORRENTES DENTRO DA EMPRESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES. PESSOA JURÍDICA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. **Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido ser inepta a denúncia que, mesmo em crimes societários ou de autoria coletiva, atribui responsabilidade penal à pessoa física, levando em consideração apenas a qualidade dela dentro da empresa, deixando de demonstrar o vínculo desta com a conduta delituosa, por configurar, além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e a devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio.**

2. Amparado em precedentes desta Corte, deve ser mantida a decisão agravada que deu parcial provimento ao recurso em habeas corpus para trancar a ação penal proposta apenas contra os recorrentes, pessoas físicas, em face do reconhecimento da inépcia formal da denúncia.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no RHC n. 162.662/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022.) (grifo nosso)

Ocorre que a solução dada pelo Tribunal para o caso em questão, foi bastante temerária, pois, ofende princípios e garantias fundamentais de suma importância, como por exemplo o princípio da culpabilidade, além de flexibilizar uma garantia primordial e tão cara para nós, como é o caso da Presunção de Inocência, e aplicar a responsabilidade objetiva, que deve ser renegada no Direito Penal Brasileiro, tendo em vista que estamos em um Estado Democrático de Direito.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, no que pese o seu brilhantismo de sempre, decidiu de modo contrário ao entendimento jurisprudencial atual, inclusive, em dissonância a decisões do seu próprio Tribunal, como foi o caso do HC 119.2204/RS.

Por fim, ressalte-se, ainda, que a decisão do Supremo Tribunal Federal no *caso habeas corpus* 169062/PA, inobserva o entendimento do próprio Tribunal que firmou o entendimento de que a responsabilidade penal objetiva por crime ambiental não se aplica a pessoa física.

3.2. DISCUSSÃO DA SOLUÇÃO COM BASE EM AUTORES QUE ESCREVERAM SOBRE A MATÉRIA

Sabe-se da notoria dificuldade da persecução penal em relação aos crimes econômicos e societários tendo em vista, I) a complexidade dos fatos que seriam objeto de uma possível investigação, II) a dificuldade de individualizar a conduta criminosa de cada investigado dentro da empresa, III) ausência de dispositivos legais para amparar a matéria, entre outros desafios.

Verifica-se que, devido aos obstáculos para a efetivação da *persecutio criminis* nos delitos que envolvem a criminalidade econômica, o Direito Penal acaba se expandindo e, muitas das vezes, intervem para punir e preservar a ordem jurídica, porém, de forma errônea, como aconteceu no *case* HC 169062/PA objeto do nosso estudo, onde o judiciário, tenta a todo custo, imputar aos pacientes a responsabilidade criminal, só pelo fato de serem à época dos fatos ocupantes de cargos de direção dentro da empresa.

Nota-se que a decisão proferida no HC 169062/PA, flexibiliza garantias constitucionais, ao utilizar de forma implícita a responsabilidade objetiva e a “teoria do domínio do fato”, que em síntese, preleciona que também é autor aquele que mesmo não cometendo a infração penal ordenou que seu subordinado o faça.

Percebe-se, que a “teoria do domínio do fato”, coloca em cheque, entre outros, o Princípio da Presunção de Inocência, pois, admite uma responsabilidade penal objetiva, pautada em uma

suposição de que o diretor de uma empresa é responsável pelo ilícito cometido por seus subordinados, conforme ocorreu no *case*. Nesse sentido é o entendimento de Benigno Núñez Novo:

[...] entende-se que uma pessoa que tenha autoridade direta e imediata sobre um agente ou grupo de agentes que pratica ilicitude, em situação ou contexto de que tenha conhecimento ou necessariamente devesse tê-lo, essa autoridade pode ser responsabilizada pela infração do mesmo modo que os autores imediatos. **Tal entendimento se choca com o princípio da presunção da inocência, segundo o qual, todos são inocentes, até que se prove sua culpabilidade. Isto porque, segundo a teoria do domínio do fato, para que a autoria seja comprovada, basta a dedução lógica e a responsabilização objetiva, supervalorizando-se os indícios.**

Para que seja aplicada a teoria do domínio do fato, é necessário que o ocupante do topo de uma organização emita a ordem de execução da infração e comande os agentes diretos e o fato. (NOVO, 2023) (grifo nosso)

Por conseguinte, a decisão proferida no HC 169062/PA, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, abre precedentes para a aplicação cada dia mais frequente no Direito Penal Brasileiro do chamado “Direito Penal do Inimigo”, teoria desenvolvida pela jurista alemão Gunter Jackobs, em 1985, segundo Jackobs, “há na sociedade dois tipos de pessoas. E por isso, é necessário mais de um direito penal. Um para os indivíduos que cumpre com as normas da sociedade sabem viver em conjunto e outro para aquelas pessoas que são perigosas para o seu meio social”¹.

Ao explicar o Direito Penal do Inimigo, Antônio Garcia-Plabos de Molina e Luiz Flávio Gomes, vão além (2012):

Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentem permanentemente contra o Estado; é coação física até chegar a guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que apesar do delito que tenha cometido, se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia (MOLINA; GOMES, 2012, p.211)

Ou seja, o Direito Penal do Inimigo, renega direitos e garantias fundamentais do ser humano, passando a tratá-lo como mero objeto da persecução penal e, não como um ser humano, dotado de direitos, deveres e garantias. “Admitir a possibilidade de “inimigo”, no direito penal, em um Estado Democrático de Direito, onde se puni o infrator somente por ser considerado uma pessoa perigosa para a sociedade é ir contra o princípio constitucional fundamental, inerente a todos os seres vivos, que é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana”².

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o *case* em questão, valeu-se de forma implícita da “teoria do domínio do fato”, para atribuir aos pacientes, Celso e Antônio a responsabilidade pelo ilícito penal, cometido pela empresa, o que, conforme analisado no tópico: “2.4. Discussão da solução com base em decisões divergentes do mesmo tribunal e de outro tribunal”, foi equivocada,

¹ALVES, Natielly Laila. Mídia, expansão do direito penal e seus reflexos no estado de inocência - Belo Horizonte. MG.2020.p. 33.

² ALVES, Natielly Laila. Mídia, expansão do direito penal e seus reflexos no estado de inocência - Belo Horizonte. MG.2020.p. 37.

mas infelizmente, rotineira nas decisões dos nossos Tribunais, tendo em vista o despreparo para combater os complexos delitos advindos de uma sociedade globalizada. Nesse viés, conforme muito bem discorre Danilo Costa Miranda (2015):

[...] a criminalidade econômica organizada tem constituído justificativa para a edição de normas emergenciais cuja redação potencializa, no âmbito das práticas punitivas, o desmonte da estrutura de garantias arduamente conquistadas. A frequente utilização tipos penais de perigo abstrato, a possibilidade da aplicação de responsabilidade penal objetiva, o aumento das penas aos crimes tradicionais agora associados à denominada criminalidade organizada, mas principalmente a ruptura com as garantias processuais, remetem à maximização do sistema policialesco retomando a estrutura inquisitiva dos modelos penais antiliberais. (COSTA, 2015, n.p) (grifo nosso)

Assim, nota-se, que a insuficiente e despreparada atuação estatal nos crimes econômicos, acaba por criar novos tipos penais, que muitas das vezes flexibiliza garantias fundamentais. “O abuso dessas disposições, que naturalmente já são extremamente prejudiciais no âmbito da criminalidade tradicional, que visa a tutelar bens jurídicos restritos à esfera individual e, a desse modo, responsabilizar os infratores do ordenamento jurídico, são ainda mais avassaladoras na área para qual elas não foram originalmente pensadas: a criminalidade econômica organizada”³.

Ressalte-se, ainda, que tal conduta se aproxima ainda, mais com o chamado direito penal do inimigo, tendo em vista que, “o denominado Direito Penal do inimigo, como se percebe, não é propriamente um sistema penal ordenado e lógico. É um conjunto de todas as normas espalhadas pelo ordenamento jurídico-penal que se caracterizam por violar direitos e garantias fundamentais da pessoa”⁴.

Dessa forma, a solução jurídica proferida em sede do *habeas corpus* 169062/PA encontra divergências não só entre as decisões de vários tribunais, inclusive, as da própria Corte, mas também entre os juristas, tendo em vista o entendimento de que a responsabilização criminal dos dirigentes de empresas pelos crimes imputados a pessoa jurídica e demais autores/executores do delito, *in casu*, o crime de usurpação de patrimônio da União e o delito ambiental, pela simples ocupação de cargo de direção dentro da empresa, acaba atraindo a teoria do domínio do fato, além da responsabilidade penal objetiva, decisão essa, que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

4. (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

³ COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de Empresa – Sintomas e Alternativas às dificuldades de responsabilização penal por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCrim vol.144, 2015.

⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito Penal: Fundamentos e Limites do Direito Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Sabe-se, que a teoria do domínio do fato é uma teoria desenvolvida pelo autor Hans Welzel, em 1939, e posteriormente aprimorada pelo jurista alemão Claus Roxin, tal teoria apesar de aperfeiçoada por Roxin, não deveria encontrar espaço no ordenamento jurídico pátrio, pois, na definição de autor no crime, o nosso Código Penal, adota a teoria “**objetivo-formal**: autor do crime é quem realiza a ação nuclear típica e participe quem concorre de qualquer forma para o crime”⁵, assim, de acordo com a maioria dos doutrinadores brasileiros, o art. 29 do Código Penal abre espaço para a teoria objetivo-formal.

Porém, equivocadamente, a doutrina tem adotado a teoria do domínio do fato, sendo acompanhada, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça e até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Esse é o entendimento de Pablo Rodrigo Alflen (2014):

Com isso, verifica-se o total desconhecimento tanto da doutrina brasileira, quanto da jurisprudência, acerca do absoluto rechaço por parte de Roxin ao sistema unitário de autor, o qual foi recepcionado pelo Código Penal brasileiro, e, principalmente, que a teoria do penalista alemão foi criada tendo em vista o sistema diferenciador adotado pelo Código Penal alemão (ALFLEN, v. 25, n. 2, p. 15-33, 2014) (grifo nosso)

Ocorre que a utilização equivocada da teoria do domínio do fato para resolver litígios brasileiros não é de hoje, mas tal teoria se destacou no julgamento da APn 470, mais conhecido pelo público de “escândalo do mensalão”, que em breve análise, consistiu em um grande esquema de corrupção onde havia, entre outras coisas, compra de votos de parlamentares em troca de aprovação de projetos.

Em agosto de 2007, a ação penal foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal e os Ministros utilizaram a teoria do domínio do fato para resolver o grande esquema de corrupção até então. Porém, como muito bem ponderado por Pablo Rodrigo Allen (2014), a teoria do domínio do fato foi utilizada sem nenhum critério, impossibilitando uma atuação efetiva do Supremo Tribunal Federal.

Vejamos a análise Pablo Rodrigo Alflen (2014):

[...] Por ocasião do julgamento da referida ação penal, na tentativa (e no afã) de proceder à delimitação da autoria dos acusados, o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de “teoria do domínio do fato”. De forma absolutamente incongruente, ao longo de mais de oito mil páginas que integram o acórdão, a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de “domínio do fato”, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão (ALFLEN, v. 25, n. 2, p. 15-33, 2014)

Para dar uma resposta a mídia e a toda a sociedade sobre o caso do mensalão que gerou repercussão midiática internacional, haja vista que, até então, nenhum esquema de corrupção de

⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (art.1º ao 120)** / Rogério Sanches Cunha. - 8 ed.rev., ampl. E atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020. p.460.

tamanho proporção havia chegado ao conhecimento público, o Supremo Tribunal Federal, utilizou-se de várias teorias, inclusive internacionais para dar uma resposta estatal eficiente.

Valendo-se, especificamente da teoria do domínio do fato, o Supremo julgou a APn 470, porém, “na decisão restou demonstrado de forma clara, que a “teoria” foi utilizada como simples retórica para fins de atribuição de responsabilidade”⁶.

Percebe-se, que tanto na APn440 quanto no HC 169062/PA, utilizado para o estudo do *case*, o Tribunal ao solucionar o problema imposto, em ambas as decisões utilizou-se de teorias que flexibilizam garantias constitucionais e abre espaço para a incorporação do Direito Penal do Inimigo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dificuldade da persecução penal nos crimes econômicos não pode servir de justificativa para flexibilizar, e por vezes, suprimir direitos e garantias fundamentais em prol de um suposto bem maior, pois, caso assim fizer, abriremos pressupostos para um campo propício para decisões judiciais fundamentadas em ilegalidades.

Nesse sentido, a decisão proferida no *habeas corpus* 169062/PA (*case*), foi errônea, como exaustivamente abordado no presente trabalho, pois, como no Direito Penal pátrio não se admite a responsabilidade objetiva, o Tribunal deveria ter trancado a ação penal, haja vista a ausência de justa causa, permanecendo o voto vencido do Ministro Alexandre de Moraes.

Ademais, a Primeira Turma do Supremo, poderia ter trancado a ação penal, devido à impossibilidade de responsabilização penal objetiva. Fazendo uma analogia *in bonam partem*, com o Informativo nº 681 do STJ: “A teoria do domínio do fato não permite, isoladamente, que se faça uma acusação pela prática de qualquer crime, eis que a imputação deve ser acompanhada da devida descrição, no plano fático, do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado delituoso”⁷.

O Resp **1.854.893/SP**, que é citado no Informativo 681 do STJ, trabalha a impossibilidade da aplicação da Teoria do domínio do fato em crimes de sonegação fiscal, pelo simples fato da posição do indivíduo na empresa. Vejamos:

Apesar de o Código Penal prever que todo aquele que concorre para o crime é considerado autor (art. 29, caput), ainda que a sua participação seja de menor importância (art. 29, § 1º), há situações nas quais o intérprete lança mão do domínio do fato, do modo a presumir e demarcar a autoria.

⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigues. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira. *Universitas JUS*, v. 25, n. 2, p. 15-33, 2014.

⁷ REsp.1854893/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020.

Entretanto, o conceito de "domínio do fato" ou "domínio final do fato" não se satisfaz com a simples referência à posição do indivíduo como administrador ou gestor (de fato ou previsto no contrato social da empresa). Vale dizer, **é insuficiente considerar tal circunstância, isoladamente, para que se possa atribuir a responsabilidade penal pela prática de crime tributário.** (REsp.1854893/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020) (grifo nosso).

Assim, *in casu*, fazendo à analogia com o REsp citado no Informativo 681 do STJ, os pacientes Celso e Antônio, Diretor-Presidente e Presidente do Conselho de Administração da empresa, respectivamente, não poderiam ser responsabilizados pelas ações dos outros denunciados, somente pela posição de ambos dentro da empresa, ainda mais, pelo fato da denúncia apresentado pelo Ministério Público Federal ter sido bem genérica em relação a individualização das condutas dos denunciados em questão. Procedimento que ofende os princípios da individualização da conduta, do contraditório e da ampla defesa.

Como estamos inseridos em um Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais devem ser resguardados a todo o custo, bem como os princípios constitucionais como do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, devem ser respeitados, sob pena de incidência cada vez mais, de um direito penal do inimigo e de um processo penal inquisitório, o que não coaduna como o sistema acusatório como é o brasileiro.

Assim, é dever do sistema de justiça penal brasileiro se aprimorar para conseguir combater de forma eficaz e dentro da legalidade, amparado na Carta Magna de 1988, os novos delitos econômicos que estão surgindo a cada dia e cada vez mais complexos.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira.** Universitas JUS, v. 25, n. 2, p. 15-33, 2014.

ALVES, Natielly Laila dos Santos. **Mídia, expansão do direito penal e seus reflexos no estado de inocência.** 2020. 59 f. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Belo Horizonte, 2020.

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Lei dos Crimes Ambientais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm> Acesso em: 10 fevereiro. 2023.

COSTA, Danilo Miranda. **Criminalidade de Empresa – Sintomas e Alternativas às dificuldades de responsabilização penal por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCrim vol.144, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (art.1º ao 120)** / Rogério Sanches Cunha. - 8 ed.rev., ampl. E atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020. 720p.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Fundamentos e Limites do Direito Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOVO, Benigno Núñez. **O uso errado da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro**. Disponível: <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/educacao/o-uso-errado-teoria-dominio-fato-no-direito-penal-brasileiro.htm>> Acesso em: 30 mar.2023.

Superior Tribunal de Justiça STJ. **AgRg nos EDcl no RHC n. 162.662/SC**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022. Disponível em:<<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 10 dez.2022.

Superior Tribunal de Justiça STJ. **HABEAS CORPUS: HC: 76050/PA**. Relator: Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 11 dez.2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2776050%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj%2776050%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2776050%27)+ou+(%27RHC%27+adj%2776050%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em: 05 mar.2023.

Superior Tribunal de Justiça STJ. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1854893/SP**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020. Disponível em:<<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/acao=pesquisarumaedicao&livre=0681.cod.>> Acesso em: 04 abr.2023.

Supremo Tribunal Federal STF. **HABEAS CORPUS: HC: 169062/PA**. Relator: Marco Aurélio. Julgado em: 10 mar. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5653747>> Acesso em: 05 jan.2023.